El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos de sociedades (D&O) ante las novedades legislativas y jurisprudenciales*

Alberto J. Tapia Hermida
Catedrático (acr.) de Derecho Mercantil
Socio de Estudio Jurídico Sánchez Calero

Sumario

I. LA ADAPTACIÓN DE LAS PÓLIZAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS DE SOCIEDADES A LAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS Y JURISPRUDENCIALES: UNA TORMENTA PERFECTA SE CIERNE SOBRE LOS SEGUROS DE D&O.

A) NOVEDADES LEGISLATIVAS: EL INCREMENTO DE LOS DEBERES Y DEL RIESGO DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS DE SOCIEDADES.

1. Novedades en la responsabilidad civil de los administradores y directivos.
2. Novedades en la responsabilidad penal de los administradores y directivos.
3. Novedades en la responsabilidad administrativa de los administradores y directivos.

B) NOVEDADES JURISPRUDENCIALES: DOCTRINA RECIENTE SOBRE LA ACCIÓN DIRECTA DEL TERCERO PERJUDICADO CONTRA EL ASEGURADOR.

1. La Sentencia núm.200/2015, de 17 de abril: la cobertura por la aseguradora de la actuación dolosa del asegurado frente al tercero perjudicado.
2. La Sentencia núm.213/2015, de 17 de abril: la posible postergación a un nuevo proceso de la determinación del daño causado por el asegurado al tercero perjudicado.

C) LA ADAPTACIÓN DE LAS PÓLIZAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS A LAS REFORMAS LEGALES.

1. El nuevo marco de adaptación: La reforma de la Ley de Contrato de Seguro por la ley 20/2015.
2. Elementos personales.
3. Coberturas.
4 Exclusiones.

* Este estudio se basa –actualizándolo- en el texto preparado en su día para nuestra participación sobre "La adaptación de las pólizas de responsabilidad civil de administradores y directivos de sociedades a las modificaciones legislativas" en el primer Panel del XVII Congreso de Responsabilidad Civil y Seguro organizado por el INESE y celebrado en Madrid, el día 25 de junio de 2015.

D) EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL COMO UN INSTRUMENTO ALTERNATIVO DE SOLVENCIA DE DETERMINADOS INTERMEDIARIOS FINANCIEROS: UN NUEVO "NICHO" DE NEGOCIO PARA LOS ASEGURADORES DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

1. Ventajas de estos seguros voluntarios de responsabilidad civil profesional como alternativa a la inmovilización de fondos propios para garantiza la solvencia de determinados intermediarios financieros.
1. El seguro de responsabilidad civil profesional de las Sociedades Gestoras de Entidades de Inversión Colectiva de tipo Cerrado (SGEIC).
2. El seguro de responsabilidad civil profesional de las Sociedades Gestoras de Entidades de Instituciones de Inversión Colectiva (SGIIC).
3. El seguro de responsabilidad civil profesional de las plataformas de financiación participativa ("crowfunding").

II. REFERENCIA ESPECIAL AL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LOS DELITOS COMETIDOS POR LOS ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS DE SOCIEDADES.

A) ASPECTOS SUSTANCIALES: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DIRECTA DE LOS ASEGURADORES.

1. El principio general de la responsabilidad civil directa de los aseguradores frente a los terceros perjudicados por los delitos o faltas.
2. La ubicación del delito como un "hecho de la administración" en la actividad profesional de los administradores o directivos cubierta por los seguros de D&O como presupuesto de la responsabilidad civil directa de los aseguradores frente a los terceros perjudicados por los delitos.
3. La extensión de la responsabilidad civil de las aseguradoras desde los seguros de responsabilidad civil obligatorios a los voluntarios, las funciones sociales de carácter general que se le encomiendan y sus consecuencias sobre aquellos seguros.
4. Algunas precisiones sobre el alcance de la cobertura de estos seguros de D&O que son especialmente relevantes en cuanto a la responsabilidad civil derivada de delito.
   4.1. La cobertura principal: la eficacia limitada de las exclusiones de los actos incorrectos dolosos.
   4.2. Cobertura accesoria: las fianzas exigibles a los administradores y directivos.
   4.3. Cobertura accesoria: La defensa jurídica de los administradores y directivos asegurados. En particular, los anticipos de gastos de defensa jurídica en los procesos penales y administrativos sancionadores.

B) ASPECTOS PROCESALES: LAS POSICIONES ACTIVAS Y PASIVAS DE LAS ASEGURADORAS EN LOS PROCEDIMIENTOS PENALES.

1. La legitimación pasiva de las aseguradoras como responsables civiles directas.
2. La legitimación activa de las aseguradoras como actores civiles.

III. CONCLUSIONES.

I. LA ADAPTACIÓN DE LAS PÓLIZAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS DE SOCIEDADES A LAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS Y JURISPRUDENCIALES: UNA TORMENTA PERFECTA SE CIERNE SOBRE LOS SEGUROS DE D&O.

Los aseguradores de los seguros de responsabilidad civil profesional de los administradores y directivos de sociedades de capital (las llamadas pólizas de D&O) ven –o, cuando menos, sería prudente que vieran– en el horizonte una tormenta que –por ser fruto de la concurrencia de varios factores extraordinariamente relevantes– merecería la calificación de "perfecta" (o, en términos más próximos a los seguros de daños, de "ciclogénesis explosiva"). Y esta tormenta generada por las novedades más recientes tanto en el plano legislativo como jurisprudencial nos conduce a advertir sobre la necesidad de contratar nuevos seguros de D&O o, cuando menos, de adaptar las pólizas a estos nuevos riesgos.

A) Novedades legislativas: el incremento de los deberes y del riesgo de responsabilidad de los administradores y directivos de sociedades.

Por una parte del horizonte se acumulan nubes legislativas que se han venido desarrollando en distintos momentos y órdenes, pero que comparten el común

denominador de incrementar los deberes de los administradores de las sociedades de capital y, consiguientemente, el riesgo de que incurran en causa de responsabilidad civil, administrativa o penal. Nos referimos a las novedades legislativas siguientes:

1. Novedades en la responsabilidad civil de los administradores y directivos.

a) la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo modificó profundamente los deberes de los administradores de las sociedades de capital en general (p.ej. arts. 225 y ss.) y de las sociedades anónimas cotizadas en particular (art. 529 bis y ss.) así como el régimen de su responsabilidad (arts.2 38 y ss.).

b) El Real decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, que modificó el art.165 de la Ley Concursal para introducir un nuevo supuesto de presunción de dolo o culpa grave a los efectos de calificar un concurso como culpable consistente en la negativa sin causa razonable a la capitalización de créditos o a la emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación.

2. Novedades en la responsabilidad penal de los administradores y directivos.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, introdujo en el Código Penal novedades relevantes para los administradores de las sociedades de capital al establecer, por una parte, en su art. 31 bis, unos "puertos seguros" o mecanismos de exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas siempre que se cumplan determinadas condiciones de modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (dispositivos de seguridad de indudable relevancia en el ámbito asegurador para evaluar el riesgo en cada caso); y, por otra parte, reubicar los delitos de administración desleal.

3. Novedades en la responsabilidad administrativa de los administradores y directivos.

a) La Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito que modificó profundamente el régimen de la responsabilidad general –y, especialmente, de la administrativ– de los administradores y directivos de este tipo de entidades que tanta notoriedad han adquirido en el ámbito asegurador por los procedimientos incoados frente a los administradores de las cajas de ahorros y sociedades filiales de aquellas a resultas de su crisis.

b) La Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras que establece, por una parte, un régimen de responsabilidad y deberes de los órganos de administración o dirección de las entidades aseguradoras o reaseguradoras (art. 39) y, por otra, un sistema de gobierno de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (art. 65 y ss.) de indudable relevancia sobre el estatuto de tales administradores y directivos

B) Novedades jurisprudenciales: doctrina reciente sobre la acción directa del tercero perjudicado contra el asegurador.

De las Sentencias más recientes de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, queremos destacar las dos siguientes (en las que actuó como ponente el Excmo. Sr. **Seijas Quintana**) que tienen como denominador común, tratar dos aspectos relevantes de la acción directa del tercer perjudicado contra el asegurador.

1. La Sentencia núm.200/2015, de 17 de abril: la cobertura por la aseguradora de la actuación dolosa del asegurado frente al tercero perjudicado.

En primer lugar, la Sentencia núm.200/2015, de 17 de abril (RJ 2015/1199) viene a confirmar, en un seguro de responsabilidad civil profesional de un arquitecto, la doctrina de la Sala sobre la inoponibilidad por el asegurador del dolo del asegurado frente a la acción directa del tercero perjudicado.

a) El supuesto de hecho consistió en que, en la construcción de unas viviendas, se cometieron unos defectos constructivos ruinógenos derivados de infracciones urbanísticas tan groseras que llevaron a apreciar malicia o dolo en el resultado querido por el arquitecto asegurado. Lo que llevó a la aseguradora a negar la cobertura por aplicación de una exclusión, debidamente destacada y aceptada como cláusula limitativa.

b) El conflicto jurídico nace cuando la comunidad de propietarios ejercita acción contra la promotora, la constructora, el arquitecto y su aseguradora, así como contra el aparejador dirigida a obtener la indemnización por las de-

ficiencias de orden urbanístico y constructivo existentes en el edificio, al amparo del artículo 1.591 del Código Civil. La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Zaragoza de 27 de enero de 2012 estima parcialmente la demanda, absolviendo a la aseguradora; pronunciamiento éste que se confirma por la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 12 de julio de 2012 que, finalmente se revoca por el Tribunal Supremo, al estimar el recurso de casación interpuesto por la comunidad demandante y condenar a la aseguradora.

c) La doctrina sentada por la Sala parte de la base de tres Sentencias de la misma Sala que cita como precedentes esenciales y que son:

- La Sentencia de 26 de noviembre de 2006 que circunscribe la norma contenida en el art. 76 de la LCS de inoponibilidad de excepciones por el asegurador frente a la acción directa a las excepciones personales o subjetivas y no a las objetivas[1].

- La Sentencia de 8 de marzo de 2007 que excluye de aquella regla de inoponibilidad de excepciones las objetivas que delimitan el riesgo asegurado y, por consiguiente, la cobertura del seguro y su precio o prima.

- La Sentencia de 23 de abril de 2009 que consolida la posibilidad del asegurador de oponer las denominadas "excepciones impropias" o hechos impeditivos objetivos.

Establecidas estas bases, la Sentencia de 17 de abril de 2015 estima el recurso de casación interpuesto por la comunidad de propietarios sobre la base de una interpretación que indaga la voluntad del legislador de 1980 para mantener que no se trata de decir que el dolo es asegurable ni de privar a este seguro de su aleatoriedad esencial, sino de aplicar una "norma socializadora y tuitiva" del derecho de resarcimiento del tercer perjudicado[2].

Esta Sentencia nos parece particularmente relevante por dos razones: primero, porque el propio "iter" procesal del caso –con pronunciamientos disconformes– revela la falta de consenso en la jurisprudencia menor de las audiencias provinciales sobre la solución finalmente adoptada por la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo; y, segundo, porque confirma, en el ámbito de la jurisprudencia civil, el criterio sentado por la Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 588/2014 de 25 julio, a la que después haremos referencia detallada.

2. La Sentencia núm. 213/2015, de 17 de abril: la posible postergación a un nuevo proceso de la determinación del daño causado por el asegurado al tercero perjudicado.

En segundo lugar, la Sentencia núm. 213/2015, de 17 de abril (RJ 2015/1198) viene a confirmar, en un seguro de responsabilidad civil

[1] Se transcribe el siguiente razonamiento de dicha Sentencia: *"De esa forma, el asegurador puede oponer al perjudicado que el daño sufrido por él es realización de un riesgo excluido en el contrato. Lo que no puede es oponerle aquellas cláusulas de exclusión de riesgos que tengan su fundamento en la especial gravedad de la conducta dañosa del asegurado, al tratarse de una excepción de carácter personal, eficaz ante la otra parte de la relación convencional, pero inoponible caso de ejercicio de la acción directa contra el asegurador, sin perjuicio del derecho de repetición que asiste a éste contra el asegurado, cuando haya de pagar la indemnización al tercero"*.

[2] En este sentido, los dos últimos párrafos de su Fundamento de Derecho Segundo dicen: *"Y es que, al establecer el artículo 76 de la LCS que la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado, se ha configurado una acción especial, que deriva no solo del contrato sino de la ley, que si bien permite a la aseguradora oponer al perjudicado que el daño sufrido es realización de un riesgo excluido en el contrato, no le autoriza oponer aquellas cláusulas de exclusión de riesgos que tengan su fundamento en la especial gravedad de la conducta dañosa del asegurado, como es la causación dolosa del daño, "sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado"; derecho de repetición que sólo tiene sentido si se admite que el asegurador no puede oponer al perjudicado que el daño tuvo su origen en una conducta dolosa precisamente porque es obligación de la aseguradora indemnizar al tercero el daño que deriva del comportamiento doloso del asegurado. (...) No se trata con ello de sostener la asegurabilidad del dolo –STS Sala 2ª 20 de marzo 2013 (RJ 2013, 8070)–, sino de indagar si el legislador de 1980, junto a ese principio general que se respeta en su esencialidad, ha establecido una regla en el sentido de hacer recaer en el asegurador la obligación de indemnizar a la víctima de la conducta dolosa del asegurado. El automático surgimiento del derecho de repetición frente al causante del daño salva el dogma de la inasegurabilidad del dolo: nadie puede asegurar las consecuencias de sus hechos intencionados. Faltaría la aleatoriedad característica el contrato de seguro. Lo que hace la Ley es introducir una norma socializadora y tuitiva (con mayor o menor acierto) que disciplina las relaciones de aseguradora con víctima del asegurado. La aseguradora al concertar el seguro de responsabilidad civil y por ministerio de la ley (art. 76 LCS) asume frente a la víctima (que no es parte del contrato) la obligación de indemnizar todos los casos de responsabilidad civil surgidos de la conducta asegurada, aunque se deriven de una actuación dolosa... Y es que cabalmente el art. 76L CS rectamente entendido solo admite una interpretación a tenor de la cual la aseguradora, si no puede oponer el carácter doloso de los resultados (y según la norma no puede oponerlo en ningún momento: tampoco si eso está acreditado) es que está obligada a efectuar ese pago a la víctima, sin perjuicio de su derecho de repetir. Lo que significa en definitiva, y eso es lo que quiso, atinadamente o no, el legislador, es que sea la aseguradora la que soporte el riesgo de insolvencia del autor y nunca la víctima. El asegurado que actúa dolosamente nunca se verá favorecido; pero la víctima tampoco se verá perjudicada"*.

profesional de un médico, la doctrina de la Sala sobre la posible remisión a un proceso ulterior de la cuantificación del daño reclamado por el tercer perjudicado al asegurador.

a) El supuesto de hecho consiste en que, en el transcurso de un parto, un menor resultó perjudicado por la intervención médica y sus padres ejercitan la acción directa contra la aseguradora del médico interviniente solicitando se declarara la responsabilidad civil directa de la misma y dejando la cuantificación de los daños para un pleito posterior.

b) El conflicto jurídico así planteado pasa por las distintas instancias con pronunciamientos conformes porque la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº. 54 de Madrid de 6 de marzo de 2013 estimó la demanda; pronunciamiento que fue confirmado por la Sentencia de la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de enero de 2014; que fue, a su vez, confirmada por el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 17 de abril de 2015, al desestimar el recurso de casación.

c) La doctrina sentada por la Sala se inspira en un criterio tuitivo del tercer perjudicado y admite la postergación de la cuantificación del daño para un pleito ulterior sobre una doble base: material, en el art. 76 de la LCS; y procesal, en el art. 219.3 de la LEC[3].

C) la adaptación de las pólizas de responsabilidad civil de administradores y directivos a las reformas legales.

1. El nuevo marco de adaptación: La reforma de la Ley de Contrato de Seguro por la Ley 20/2015.

Debemos comenzar por enmarcar este proceso de adaptación en el novísimo marco normativo de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras que, en su Disposición Final Primera, modificará –con efectos de 1 de enero de 2016– el apartado 3 del artículo octavo de la Ley de Contrato de Seguro para dejar una redacción que deberá ser tenida en cuenta a la hora de adaptar las pólizas de D&O porque precisa que se deberá reflejar la *"naturaleza del riesgo cubierto, describiendo, de forma clara y comprensible, las garantías y coberturas otorgadas en el contrato, así como respecto a cada una de ellas, las exclusiones y limitaciones que les afecten destacadas tipográficamente".*

2. Elementos personales.

En el proceso de adaptación de los elementos personales de estas pólizas de D&O debemos distinguir dos ámbitos:

a) En las pólizas de D&O de las sociedades de capital en general.

En su proceso de revisión, habrá que tener en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos: La extensión de la cobertura a las "personas vinculadas a los administradores", tal y como se definen en el art. 231 de la LSC; la extensión "ope legis" de la responsabilidad civil a los administradores de hecho, tal y como se tipifican en el art. 236.3 de la LSC; extensión de la cobertura a la persona física que represente al administrador persona jurídica conforme al art. 236.5 de la LSC;

b) En las pólizas de D&O de las sociedades anónimas cotizadas.

En cuanto a los tomadores de estas pólizas, la revisión es necesaria por cuanto las reformas que introdujo la Ley 31/2014 en el estatuto de la sociedad anónima cotizada contenido en el Título XIV (arts. 495 a 539) de la LSC obligan a revisar y distinguir claramente el grado de riesgo cubierto en las pólizas de D&O de las sociedades de capital en general y de las sociedades anónimas cotizadas.

En cuanto a los administradores asegurados, la revisión también resulta precisa porque las reformas mencionadas en el estatuto de la sociedad anónima cotizada obligan a revisar las pólizas de D&O de este tipo de sociedades a efectos de discriminar los riesgos de responsabilidad civil de los siguientes cargos: El presidente, a la vista de las nuevas responsabilidades que le asigna

[3] Esta doble base se concreta en el primer párrafo de su Fundamento de Derecho Segundo cuando dice: *"El recurso se desestima. El recurso plantea una cuestión que no tiene sustento ni en la Ley ni en la jurisprudencia de esta Sala y que, de prosperar, limitaría no solo el derecho del perjudicado a ejercitar una acción reconocida en su beneficio por el ordenamiento jurídico, como es la acción directa del artículo 76, en aquellos supuestos en los que no es posible cuantificar la indemnización debida en el momento en que formula la demanda, sino que dejaría sin contenido el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), que lo autoriza; todo ello a partir de una alegación novedosa como la que cuestiona esta forma de proceder le privaría de la posibilidad de excepcionar las cláusulas delimitativas del riesgo, como es el capital máximo por siniestro, lo que además no es cierto pues nada impedía a la aseguradora plantear o excepcionar esas supuestas cláusulas delimitativas del riesgo tanto en el primer pleito como en el segundo".*

el art. 529 sexies de la LSC; el secretario del consejo de administración, a la vista de las nuevas responsabilidades que le asigna el art. 529 octies de la LSC; los consejeros ejecutivos, dominicales e independientes, a la vista de las diferentes responsabilidades que les asigna el art. 529 duodecies de la LSC; y los miembros de las comisiones de auditoría y de nombramientos y retribuciones, a la vista de las responsabilidades específicas que les asignan el art. 529 quaterdecies y el art. 529 quindecies, respectivamente, de la LSC.

3. Coberturas.

Deberán revisarse, entre otros, los aspectos siguientes: La cobertura de los gastos de defensa en función de la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada administrador que determina su deber general de diligencia (art. 225.1 LSC); el reembolso por la sociedad de los gastos al accionista que haya ejercitado la acción social de responsabilidad (art. 239.2 LSC); el plazo común de 4 años de prescripción de las acciones de responsabilidad (art. 241. bis LSC) en relación con la extensión de la cobertura a los antiguos administradores.

4. Exclusiones.

Deberán revisarse, entre otros, los aspectos siguientes La adaptación de las cláusulas de exclusión de ventajas o beneficios indebidos al nuevo deber de abstenerse de obtener ventajas o remuneraciones indebidos como expresión del deber general de lealtad y del especial de evitar situaciones de conflicto de interés (art. 229.1.e LSC).

D) El seguro de responsabilidad civil profesional como un instrumento alternativo de solvencia de determinados intermediarios financieros: un nuevo “nicho” de negocio para los aseguradores de responsabilidad civil.

1. Ventajas de estos seguros voluntarios de responsabilidad civil profesional como alternativa a la inmovilización de fondos propios para garantiza la solvencia de determinados intermediarios financieros.

Relacionado con lo anterior, queremos llamar la atención sobre la proliferación, en las normas financieras más recientes, del posible uso de seguros de responsabilidad civil profesional con medios de garantía de la solvencia de algunos intermediarios financieros. Detectamos así un nuevo “nicho de negocio” potencial para las aseguradoras de responsabilidad civil

profesional que podrán ofrecer sus seguros a la importante industria de la inversión colectiva para que las SGEIC o SGIIC puedan cubrir las exigencias legales sin necesidad de inmovilizar recursos propios adicionales.

1. El seguro de responsabilidad civil profesional de las Sociedades Gestoras de Entidades de Inversión Colectiva de tipo Cerrado (SGEIC).

En primer lugar, la Ley 22/2014, de 12 de noviembre[4], en su art.48 señala, entre los *"requisitos de la autorización"* de las Sociedades Gestoras de Entidades de Inversión Colectiva de tipo Cerrado (SGEIC), el de *"contar con un capital social inicial y unos recursos propios adicionales"*, entre los que incluye *"a fin de cubrir los posibles riesgos derivados de la responsabilidad profesional en relación con las actividades que puedan realizar las SGEIC, y las SCR o SICC autogestionadas"* el de *"tener recursos propios adicionales que sean adecuados para cubrir los posibles riesgos derivados de la responsabilidad profesional en caso de negligencia profesional o suscribir un seguro de responsabilidad civil profesional para hacer frente a la responsabilidad por negligencia profesional que esté en consonancia con los riesgos cubiertos"*[5].

2. El seguro de responsabilidad civil profesional de las Sociedades Gestoras de Entidades de Instituciones de Inversión Colectiva (SGIIC).

En segundo lugar, el Real Decreto 83/2015, de 13 de febrero[6], da nueva redacción al art. 100.1 del RIIC para establecer que las Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva (SGIIC) y las sociedades de inversión autogestionadas deberán disponer en todo momento de unos recursos propios entre los que se mencionan, *"a fin de cubrir los posibles riesgos derivados de la responsabilidad profesio-*

[4] Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (BOE núm.275, de 13.11.2014).

[5] Añade el precepto que *"a estos efectos, las SGEIC deberán ajustarse a lo previsto en el Reglamento delegado (UE) nº 231/2013 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2012"*.

[6] Real Decreto 83/2015, de 13 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva (BOE núm.39, de 14.02.2015).

nal en relación con las actividades que puedan realizar" bien unos *"recursos propios adicionales que sean adecuados para cubrir los posibles riesgos derivados de la responsabilidad en caso de negligencia profesional"* o bien *"suscribir un seguro de responsabilidad civil profesional para hacer frente a la responsabilidad por negligencia profesional".*

3. El seguro de responsabilidad civil profesional de las plataformas de financiación participativa ("crowfunding").

Por último, la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial[7], en su art.58, dentro de los requisitos financieros que se le exigen a las plataformas de financiación participativa, menciona los de disponer en todo momento de un capital social íntegramente desembolsado en efectivo de, al menos, 60.000 euros; de un seguro de responsabilidad civil profesional, un aval u otra garantía equivalente que permita hacer frente a la responsabilidad por negligencia en el ejercicio de su actividad profesional, con una cobertura mínima de 300.000 euros por reclamación de daños, y un total de 400.000 euros anuales para todas las reclamaciones; o de una combinación de capital inicial y de seguro de responsabilidad civil profesional, aval u otra garantía equivalente que dé lugar a un nivel de cobertura equivalente.

II. REFERENCIA ESPECIAL AL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LOS DELITOS COMETIDOS POR LOS ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS DE SOCIEDADES.

A) Aspectos sustanciales: La responsabilidad civil directa de los aseguradores.

1. El principio general de la responsabilidad civil directa de los aseguradores frente a los terceros perjudicados por los delitos o faltas.

Este principio general se establece en el art. 117 del CP cuando dice que *"los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda"*. Responsabilidad directa frente al perjudicado que se corresponde con lo previsto en el art. 76 de la LCS[8].

Si procedemos a trasladar al contrato de seguro de responsabilidad civil de D&O lo que dice el precepto transcrito llegamos a los resultados siguientes:

a) El interés asegurado es la relación económica entre el administrador o directivo asegurado y la integridad de su patrimonio que puede verse gravado por la deuda de resarcimiento de los terceros perjudicados, víctimas del delito cometido.

b) El riesgo cubierto por el asegurador es el nacimiento de aquella deuda de responsabilidad civil a cargo del administrador o directivo asegurado que ha cometido el delito. Ello siempre y cuando el asegurador hubiere asumido aquel riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación del bien, empresa, industria o actividad implicados en el delito.

c) El siniestro es el evento que determina el riesgo asegurado que hemos descrito, esto es, el nacimiento de la deuda de responsabilidad civil derivada del delito cometido por el administrador o directivo asegurado. En este punto, es importante recordar que, en la práctica, estas pólizas de seguro de D&O suelen operar bajo la fórmula de delimitación temporal del riesgo por referencia a la reclamación ("claims made"); por lo que –salvo que se tratara de seguros por grandes riesgos "ex" art. 107 de la LCS– deberán respetar los requisitos formales (referidos a su calificación como cláusulas limitativas) y materiales (por referencia a los límites mínimos anuales de cobertura anterior y posterior) que establece el párrafo segundo del art. 73 de la LCS.

d) El daño resarcible es la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada en el contrato de seguro, con la expresa reserva del derecho de repetición del asegurador contra quien corresponda, sea su propio asegurado "ex" art. 76 de la LCS o sea, además, otro tercer responsable del daño "ex" art. 48 de la LCS. En este último sentido, conviene destacar alguna decisión en la que los Tribunales del orden penal no admiten que la "*insolvencia del asegurado o de sus herederos y la previsible*

[7] BOE núm.101, de 28.04..2015.

[8] Ver **Soto Nieto, F.**, "Ejercicio de la acción directa contra la compañía aseguradora en el proceso penal. Cuestiones suscitadas", en "El nuevo Código Penal y el contrato de seguro", SEAIDA, Madrid 1998, p. 35 y ss.

esterilidad de la acción de repetición" sean argumentos válidos para denegar la acción directa de terceros perjudicados por delitos dolosos[9].

2. La ubicación del delito como un "hecho de la administración" en la actividad profesional de los administradores o directivos cubierta por los seguros de D&O como presupuesto de la responsabilidad civil directa de los aseguradores frente a los terceros perjudicados por los delitos.

A la vista de la jurisprudencia penal reciente, observamos cómo la "clave de arco" del debate se centra –como siempre ocurre con el seguro de responsabilidad civil[10]– en determinar, ante un supuesto concreto, cual es el riesgo cubierto o –en términos del art. 117 del CP– si, en el caso litigioso, el asegurador ha *"asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad"*.

En territorios análogos –en términos aseguradores– al seguro de D&O que nos ocupa, por tratarse de pólizas colectivas de seguro de responsabilidad civil profesional contratadas voluntariamente, vemos cómo la jurisprudencia del orden criminal, a la hora de enjuiciar la obligación de una aseguradora de cubrir la responsabilidad civil derivada de un delito de apropiación indebida cometido por una procuradora asegurada por un seguro colectivo de su Colegio Profesional –que es el supuesto de hecho resuelto por la Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 588/2014 de 25 julio– ofrece dos respuestas: a) La mayoritaria, que consideró que la apropiación indebida era una falta profesional de la procuradora en su función, cubierta por la póliza[11]. b) La minoritaria, estricta, que consideró que la apropiación indebida era un delito ajeno a la actividad profesional de la procuradora como tal y que, en consecuencia, no estaba cubierta por la póliza[12].

A la vista de la jurisprudencia reciente y, en particular, extrapolando al seguro de D&O el criterio sentado en el seguro del automóvil por el Acuerdo No Jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2007, podríamos decir que la aseguradora no responderá de los daños ocasionados por la conducta dolosa del administrador o directivo asegurado cuando el cargo de administrador o directivo sea un instrumento buscado para causar el daño derivado, en su caso, del delito; pero si responderá por los daños diferentes a los propuestos directamente por el autor.

---

[9] En tal sentido, la Sentencia núm. 420/2014 de 17 septiembre, de la Sección 16ª de la AP de Barcelona (JUR 2014\266706) dice: *Y, en fin, la alegación sobre la hipotética insolvencia del asegurado o de sus herederos y la previsible esterilidad de la acción de repetición tampoco se erige en circunstancia obstativa del derecho del tercero a ser indemnizado. La acción que el ordenamiento jurídico otorga a este es ejercitable con independencia del pronóstico del resultado de la acción de repetición que se confiere a quien debe indemnizarle, y, en todo caso, huelga apuntar que ni el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro ni el artículo 117 del Código Penal introducen condicionamiento alguno al derecho del tercero, y mucho menos relacionado con la posible insolvencia del asegurado. Ya se ha expuesto también que tal posibilidad de insolvencia del asegurado forma parte del riesgo empresarial de las compañías aseguradoras".*

[10] Ver el comentario al art. 73 de la LCS por **Sánchez Calero F.** en "Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones", cit. p. 1617 y ss.; y **Tapia Hermida, A.J.**, "El Seguro de responsabilidad civil en la Propuesta de Código Mercantil" en la Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro nº 49 (2014), pp. 9 y ss. y "El proceso de reforma del régimen del seguro de responsabilidad civil: desde la vigente Ley de Contrato de Seguro hasta el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. La delimitación objetiva de la cobertura ante la nueva regulación de las condiciones generales y las cláusulas limitativas", en la Revista Española de Seguros nº 158 (2014), pp. 143 y ss.

[11] Así, el último párrafo del Fundamento de Derecho Octavo de la Sentencia dijo al respecto: *"En consecuencia, en el caso actual, en el que la Procuradora condenada se apropió de determinadas cantidades pertenecientes a la parte perjudicada procedentes de procedimientos ejecutivos, recibidas de los órganos jurisdiccionales en el ámbito de su actividad profesional y precisamente como consecuencia de ella, ingresando dichas sumas en su propia cuenta y no entregándolas, como debería haber hecho, a la parte destinataria de las mismas, nos encontramos claramente ante una falta profesional de la que se deriva una responsabilidad civil, judicialmente declarada, manifiestamente cubierta frente a los terceros por el contrato de responsabilidad civil profesional en el que figura como tomador el Consejo General de Procuradores, sin perjuicio de la posibilidad del asegurador de repetir frente al asegurado, por el carácter doloso de su acción. Entenderlo de otro modo vaciaría de contenido efectivo el aseguramiento contratado".*

12 Interpretación expresada en el Voto Particular que formuló el Magistrado D. **José Manuel Maza Martín** cuando dijo: *"(...) la cuestión central del problema no es otra que la de determinar si la actividad productora del perjuicio se encuentra cubierta por la correspondiente póliza o si, por el contrario, es tan ajena a la misma como lo serían unos daños causados por inundación para un seguro de incendios. Porque el artículo 117 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) es claro cuando atribuye a los aseguradores responsabilidad civil directa, en reparación de los perjuicios causados por la infracción, tan sólo para los casos en los que "...hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad...". Y afirmar que la apropiación indebida cometida por la recurrente es un riesgo asumido por la Aseguradora de la póliza de responsabilidad civil contratada por el Colegio de Procuradores, me parece un exceso contrario a Derecho, dicho sea con todos los respetos para la opinión de mis compañeros que, además, constituyen mayoría".*

3. La extensión de la responsabilidad civil de las aseguradoras desde los seguros de responsabilidad civil obligatorios a los voluntarios, las funciones sociales de carácter general que se le encomiendan y sus consecuencias sobre aquellos seguros.

Llegados a este punto, procede llamar la atención sobre la necesaria consideración de los efectos colaterales que sobre el equilibrio económico de los seguros voluntarios de D&O tendrá una extensión a los mismos de los criterios indemnizatorios propios de los seguros obligatorios[13].

A estos efectos, conviene enmarcar la cuestión con dos observaciones generales sobre los seguros obligatorios de responsabilidad civil: (i) *de lege ferenda*, el establecimiento de estas obligaciones de asegurarse debería efectuarse por normas que deberían tener rango legal- incluidas las sumas mínimas aseguradas[14]– al seleccionar las actividades que socialmente originan riesgos especialmente graves, bien por su extensión (v.gr. circulación de vehículos automóviles o caza) o bien por sus dimensiones (v.gr. energía nuclear); (ii) *de lege data*, la proliferación singular en nuestro país de estos seguros obligatorios de responsabilidad civil que, a fecha de hoy, alcanzan un número aproximado de 400[15], en cálculos manifiestamente prudentes. Esta proliferación de seguros obligatorios de responsabilidad civil profesional no sólo afecta a nuestro Derecho, sino también al Derecho comunitario[16].

En relación con lo indicado, hay que recordar que la Disposición Adicional Segunda de la Ley 20/2015 regula el establecimiento de seguros obligatorios diciendo –en su apartado 1– que "*se podrá exigir a quienes ejerzan determinadas actividades que presenten un riesgo directo y concreto para la salud o para la seguridad de las personas, incluida la seguridad financiera, la suscripción de un seguro u otra garantía equivalente que cubra los daños y perjuicios que puedan provocar y de los que sean responsables*" y añadiendo que "*la garantía exigida deberá ser proporcionada a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto*". En particular, se impone el rango legal necesario de las disposiciones que establezcan estos seguros obligatorios cuanto –en su apartado 2– dice que "*la obligación de suscripción de seguros deberá establecerse mediante normas con rango de Ley*" que deberán contar con un informe preceptivo de la DGSFP o del órgano competente de las Comunidades Autónomas, con objeto de que puedan formular observaciones en materia de técnica aseguradora.

Dicho lo anterior, observamos en la jurisprudencia penal más reciente que la expansión de la responsabilidad civil directa de las aseguradoras desde los seguros obligatorios a los voluntarios encuentra una justificación adicional en una tendencia igualmente expansiva de la función "social" que se le atribuye a estos seguros porque, de ser instrumentos para la

[13] Ver **Soto Nieto, F.**, "El dolo y el seguro. Daños causados por delito doloso y el seguro de suscripción obligatoria", en "El nuevo Código Penal y el contrato de seguro", SEAIDA, Madrid 1998, p. 73 y ss.

[14] El art. 592-46 de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación y publicada por el Ministerio de Justicia el 20 de junio de 2013. Edita Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid (2013), se refería a los *"seguros obligatorios"* con dos previsiones novedosas de carácter estrictamente mercantil porque: primero, dice que *"en los supuestos que una disposición legal imponga la contratación obligatoria de un seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de una determinada actividad o profesión deberá fijar los límites de la suma asegurada"*; y segundo, añade que *"las disposiciones específicas establecidas, en su caso, respecto a la regulación de cada seguro obligatorio, prevalecerán sobre lo dispuesto en este Código que se aplicará con carácter subsidiario"*.

[15] El amplísimo catálogo de este tipo de seguros que existen en nuestro Ordenamiento resulta notablemente mayor en número al que existe en el resto Estados comunitarios, como así lo señala el Informe Final del Grupo de Expertos de la Comisión Europea en Derecho Europeo de Contrato de Seguro publicado el 27 de febrero de 2014 (ver "Final Report of the Commission Expert Group on European Insurance Contract Law", European Commission, Directorate General for Justice, European Union 2014) que, en su p. 15 (epígrafe 31). En concreto, constata que en nuestro país hay un número aproximado de 400 seguros obligatorios de responsabilidad civil frente a los 100 que existen en Francia o a los 30 de Alemania.

[16] En tal sentido, podemos citar como ejemplo la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial que establece, en su art. 29.2.a), entre los requisitos para el reconocimiento por los Estados miembros de los intermediarios de crédito, el siguiente: *"los intermediarios de crédito deberán disponer de un seguro de responsabilidad civil profesional que cubra los territorios en los que ofrezcan servicios, o de cualquier otra garantía comparable frente a las responsabilidades que pudieran surgir por negligencia profesional"*. Previsión ésta desarrollada por el Reglamento Delegado (UE) nº.1125/2014 de la Comisión de 19 de septiembre de 2014 en lo relativo a las normas técnicas de regulación del importe mínimo del seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía comparable de que deben disponer los intermediarios de crédito establece, en su art. 1, que *"el importe mínimo del seguro de responsabilidad civil profesional o la garantía comparable de que deberán disponer los intermediarios de crédito, según establece el artículo 29, apartado 2, letra a), párrafo primero, de la Directiva 2014/17/UE, será de: a) 460.000 EUR por siniestro; b) de forma agregada, 750.000 EUR por año natural para todos los siniestros"*.

mejor protección de las víctimas perjudicadas por aquellos delitos (función tuitiva específica o concreta), se les ha atribuido la función adicional de mecanismos de garantía del buen desarrollo de determinadas profesiones que, por cierto, no están legalmente sujetas al deber de contratar seguros de responsabilidad civil (función tuitiva genérica).

Una buena prueba de esta tendencia doblemente expansiva de la función social que se atribuye al seguro privado de responsabilidad civil –con la consiguiente responsabilidad directa de las respectivas aseguradoras– la volvemos a encontrar en la ya citada Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 588/2014 de 25 julio (RJ 2014/4165)[17]. Pero también en este extremo conviene reparar en que la que cabe calificar como expansión socializadora de los seguros obligatorios a los voluntarios no es unánime en dicha Sentencia, sino que existió una discrepancia expresada en el correspondiente y ya citado voto particular[18].

4. Algunas precisiones sobre el alcance de la cobertura de estos seguros de D&O que son especialmente relevantes en cuanto a la responsabilidad civil derivada de delito.

4.1. La cobertura principal: la eficacia limitada de las exclusiones de los actos incorrectos dolosos.

La práctica totalidad de las pólizas de seguros de D&O al uso excluyen de cobertura los actos dolosos. Esta exclusión operará –tanto en el orden jurisdiccional civil como en el penal– respecto del asegurado, pero no del tercer perjudicado porque las Salas de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Supremo resuelven la aparente antinomia entre el principio general de inasegurabilidad del dolo del art. 19 de la LCS y la cobertura frente a los terceros perjudicados de la responsabilidad civil derivada de los delitos dolosos "ex" art. 76 de la LCS y art. 117 del CP con dos argumentos esenciales: Un primer argumento técnico-jurídico, cual es la preferencia de la norma especial, que es el art. 76 de la LCS –que, además, se aplica a todo tipo de seguros de responsabilidad civil, tanto obligatorios como voluntarios– sobre la norma general, que es el art. 19 de la LCS. Un segundo criterio social de interpretación de las normas implicadas conforme a la *"realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas"* (art. 3.1 Código Civil). Finalidad social que, en este concreto caso, conduce a dar primacía a la protección de los intereses de los terceros perjudicados que, en esta jurisdicción penal, aparecen, además, como víctimas de los delitos o faltas. La expresión más reciente de esta doctrina jurisprudencial la encontramos en la Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 588/2014 de 25 julio (RJ 2014\4165) a la que hemos hecho frecuentes referencias a lo largo de esta Ponencia[19].

Pues bien, esa doctrina se estableció con respecto a un seguro colectivo de responsabilidad civil profesional contratado por el Colegio de Procuradores. Declaró a la aseguradora responsable civil solidaria con la procuradora culpable de un delito continuado de apropiación indebida (al apropiarse de mandamientos de devolución derivados de procedimientos de ejecución hipotecaria). Dadas las analogías

[17] Cuando su Fundamento Noveno dice: *"En el ámbito profesional, el seguro de responsabilidad civil ofrece no solo una garantía sino un reforzamiento de la profesión ejercida, que aparece ante el público como segura y fiable, en la medida en que los daños que puedan derivarse de la mala praxis profesional, negligente o voluntaria, están cubiertos por el seguro, y su cobertura indemnizatoria no va a depender de la eventual solvencia del responsable".*

[18] Cuando dejo dicho: *"(...) al tratarse de un seguro voluntario, las cláusulas contractuales, fuente de obligación para la parte, excluyen expresamente los hechos dolosos del ámbito de lo asegurado, sin que puedan existir a mi juicio razones de índole "socializador" o metajurídico que permitan extender a supuestos distintos las concretas obligaciones voluntariamente contraídas por las partes, ni aún en sus efectos frente a terceros. En tal sentido, como ya hemos tenido oportunidad de reiterar en ocasiones anteriores, la acción directa y prohibición de excepcionar frente al perjudicado por el evento, contenidas en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro (RCL 1980, 2295), requieren como elemento previo inexcusable el que el siniestro en el que los perjuicios se han producido se encuentre amparado por el contrato. Inexistente tal premisa, la consecuencia que lleva a la obligación indemnizatoria por responsabilidad directa y sus corolarios de imposibilidad de formular excepciones frente al perjudicado y el consiguiente derecho de repetición contra el asegurado, devienen insostenibles por ausencia de la originaria fuente de la obligación cuyo contenido, tratamiento y efectos son abordados en el referido precepto".*

[19] Su Fundamento de Derecho Noveno dice: *"El seguro de responsabilidad civil es aquel en el que "el asegurador se obliga a cubrir, dentro de los límites establecidos por la Ley y el contrato, el riesgo de quedar gravado el patrimonio del asegurado por el nacimiento de una obligación de indemnizar, derivada de su responsabilidad civil" (artículo 73 LCS), y su función social y económica es ofrecer una garantía en determinadas actividades de riesgo, para que quienes en ella participen tengan garantizado el resarcimiento de los daños que puedan sufrir, que no se deriven de culpa o negligencia por su parte (art 117 CP). (...) Es por ello que, para hacer compatible esta seguridad con el principio de inasegurabilidad del propio dolo, la norma legal introduce este razonable equilibrio de intereses. El asegurador responde en todo caso frente al perjudicado, pero con el derecho a repetir del asegurado en caso de dolo. No tendría sentido establecer legalmente la posibilidad de repetir frente al asegurado, si no fuera precisamente porque en dichos supuestos, el asegurador tiene la obligación de indemnizar al perjudicado".*

que este supuesto muestra con el que es objeto de nuestro estudio (por cuanto los seguros de D&O suelen contratarse voluntariamente por las sociedades qua actúan como tomadoras en beneficio de sus administradores y directivos), parece manifiesto el riesgo de que esta doctrina expansiva se extienda a este tipo de seguros teniendo en cuenta, especialmente, la frecuencia con la que las conductas de los administradores y directivos de algunas entidades financieras están llegando y seguirán haciéndolo a los terrenos de la jurisdicción penal.

Es más, adviértase que el argumento de la función social de garantía de los perjudicados que se atribuye al seguro de responsabilidad civil se sustenta por la doctrina más reciente de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo que, en la antes citada Sentencia núm.200/2015, de 17 de abril, nos dice que, con el art. 76 de la LCS, el legislador introduce *"una norma socializadora y tuitiva (con mayor o menor acierto) que disciplina las relaciones de aseguradora con la víctima del asegurado".*

4.2. Cobertura accesoria: las fianzas exigibles a los administradores y directivos.

Las pólizas de D&O utilizadas en nuestra práctica aseguradora contemplan esta cobertura adicional por referencia tanto a la constitución de las fianzas civiles que se le impongan a un asegurado por decisión judicial para garantizar eventuales responsabilidades civiles como a los gastos de constitución de aquellas fianzas pecuniarias impuestas para hacer frente a las posibles responsabilidades civiles y de aquellas fianzas que se impongan para decretar la libertad provisional de los altos cargos asegurados,

Se han planteado ante los tribunales penales algunos conflictos relacionados con esta cobertura adicional en trámite de las medidas cautelares para el aseguramiento de responsabilidades pecuniarias "ex" arts. 591, 615 y 764 de la LECrim, porque algunos administradores de entidades de crédito imputados en procedimientos penales han señalado la procedencia de un requerimiento judicial a las aseguradoras de responsabilidad civil para que aporten las fianzas impuestas a aquellos asegurados. Pretensiones que han corrido diversa fortuna porque, en algunos casos, los tribunales han cursado tales requerimientos mientras que, en otros, han rechazado aquella pretensión de los administradores imputados.

En todos esos supuestos ha resultado imprescindible revisar los condicionados de las

pólizas implicadas para resolver las diferencias sobre dos aspectos de estas coberturas accesorias: (i) el alcance mismo de la cobertura para determinar, a la vista de los condicionados, si estaban aseguradas las fianzas por responsabilidades pecuniarias exigibles en procedimientos civiles, en procedimientos penales o las fianzas exigidas para decretar la libertad provisional del administrador asegurado, o si estaban cubiertos únicamente los gastos de constitución de las mismas; (ii) la aplicabilidad de las exclusiones generales de cobertura –por ejemplo, de los delitos dolosos– a estas coberturas accesorias y provisionales, exigidas antes de que una sentencia –y menos aún firme– determine si hay

delito y la naturaleza dolosa o culposa del mismo. En este punto, es importante tener en cuenta que, si la fianza se considera exigida en interés del tercero perjudicado –porque será acreedor de la responsabilidad pecuniaria finalmente establecida– se podría extender la doctrina jurisprudencial sentada en cuanto a la acción directa para la cobertura principal por la que el asegurador debe responder frente al tercero perjudicado por un delito doloso, sin perjuicio de recuperar lo afianzado frente al asegurado.

4.3. Cobertura accesoria: La defensa jurídica de los administradores y directivos asegurados. En particular, los anticipos de gastos de defensa jurídica en los procesos penales y administrativos sancionadores.

Las pólizas de D&O utilizadas en nuestra práctica aseguradora contemplan esta cobertura adicional de forma diversa ya sea como parte de la cobertura principal, asumiendo el asegurador la obligación de pagar en nombre de los altos cargos asegurados todo coste, gasto o cargo incurrido –con el consentimiento escrito del Asegurador– relacionado con su defensa jurídica derivada de un procedimiento administrativo, judicial o arbitral; o ya en forma de anticipos de los gastos de defensa incurridos en relación con cualquier reclamación derivada de cualquier actuación dolosa o fraudulenta del alto cargo asegurado. En este último caso, suele añadirse la previsión del deber del alto cargo asegurado de reembolsar a la aseguradora los gastos anticipados si finalmente se estableciera que aquel es responsable de una actuación dolosa o fraudulenta.

En nuestra práctica aseguradora, las actuaciones contra los administradores de algunas entidades de crédito ante la jurisdicción penal han generado dos tipos de conflictos entre los administradores asegurados y las aseguradoras de D&O. Son conflictos relacionados entre sí. El primero afecta a la calificación de estas coberturas accesorias como la defensa jurídica propia del seguro de responsabilidad civil, estableciendo pactos que habitualmente modifican la regla general del art. 74 de la LCS, o bien la consideración de que coexiste con el seguro de responsabilidad civil un seguro de defensa jurídica del art. 76.a) y ss. de la misma LCS. Estas diferencias deberán dilucidarse comprobando si la cobertura de defensa jurídica reúne los requisitos de individualización material y económica (vía prima diferenciada) que exige el art. 76.c) de la LCS para estimar que el seguro de defensa jurídica se pacta como un capítulo aparte en otra póliza, en este caso, de seguro de responsabilidad civil[20]. El segundo conflicto afecta al límite de los honorarios de procuradores y abogados que las aseguradoras deberán abonar. En este sentido, algunas pólizas establecen mediante anexos listados de despachos de abogados

[20] V. nuestro comentario de este precepto en **Tapia Hermida, A.J.**, **Sánchez Calero F.** (Dir.) y otros, "Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones", cit. p. 1894 y ss. y nuestro estudio sobre "El Seguro de Defensa Jurídica. Aspectos polémicos y novedosos del Derecho vigente y del proyectado. Con particular referencia al límite de la cobertura en supuestos de libre designación de profesionales", Ponencias del XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Derecho de Circulación, (coords. **López y García de la Serrana, J. / Elum Macías, D.**), Madrid, 2013, pp. 241 y ss.

homologados cuyos honorarios se admiten por anticipado.

B) Aspectos procesales: Las posiciones Activas y pasivas de las aseguradoras en los procedimientos penales.

1. La legitimación pasiva de las aseguradoras como responsables civiles directas.

En primer lugar, las entidades aseguradoras pueden ostentar en los procesos penales una legitimación pasiva como responsables civiles directas "ex" art. 117 del CP y ello tanto a los efectos anticipados de prestación de fianzas en tanto que medidas cautelares como a los efectos definitivos de responsables declaradas en la sentencia que finalice el pleito.

La jurisprudencia del orden penal limita la legitimación de las aseguradoras en el proceso penal a la impugnación a los denominados *"extremos relativos a su propia condena como responsable civil (título causal, bases de la determinación cuantitativa, proporción en su caso, etc.)"*, sin permitir que entren a discutir la responsabilidad penal del responsable directo. Esta limitación ha sido criticada al entender que, en la medida en que la declaración de la responsabilidad civil directa de un asegurador "ex" art. 117 del CP requiere el reconocimiento de una actuación penalmente típica del asegurado acusado, su asegurador de responsabilidad civil no debería verse privado de la posibilidad de discutir la propia culpa penal de aquel[21].

2. La legitimación activa de las aseguradoras como actores civiles.

En segundo término, las aseguradoras ostentan una legitimación activa cuando aparecen

[21] Ver **Yzquierdo Tolsada, M.**, "Capítulo 9. Seguros de daños (5). El seguro de responsabilidad civil. El seguro de defensa jurídica", en **Yzquierdo Tolsada, M.** (Dir.), "Contratos Civiles, Mercantiles, Públicos, Laborales e Internacionales, con sus implicaciones tributarias", Tomo VIII, "Contratos Aleatorios", Madrid 2014, p. 821 y 822 cuando dice: *"Entiendo con Soto Nieto que la solución jurisprudencial no puede ser más desafortunada. Si para que el asegurador devenga responsable civil Ex artículo 117 CP (o para que exista responsabilidad subsidiaria de alguna persona) es necesario el reconocimiento de una actuación penalmente típica del asegurado acusado, no se le puede privar al asegurador de la posibilidad de discutir la propia culpa penal de aquel; si no recae sentencia condenatoria, no habrá responsabilidad civil del asegurador en el proceso penal. Todo responsable civil es, en el proceso penal, una auténtica parte procesal civil y tiene que ser lícito que se pueda apoyar en la norma penal para impugnar la responsabilidad civil que se le trata de imputar. (...) Pero no se le pueda negar su interés directo en la discusión acerca de una causa de justificación de cuya concurrencia va a depender la propia incriminación y, como resultado de la misma, la responsabilidad civil".*

como actores civiles que reclaman en ejercicio de la acción subrogatoria ex art. 43 de la LCS lo pagado a las víctimas del delito[22].

En este sentido, resulta oportuno recordar la limitación en la legitimación de la aseguradora que ha consagrado la reciente Sentencia núm. 382/2014 de 14 mayo, de la Sala de lo Penal del nuestro TS (RJ 2014\2727) cuando restringe su posición a la propia del actor civil, pero no a la de acusador particular; restricción ésta particularmente notable cuando se introduce en la fase casacional atendiendo a la posición del Ministerio Fiscal, en contradicción con la conducta previa de aquel Ministerio[23].

III. CONCLUSIONES

1ª. Las novedades legislativas en materia societaria, concursal, penal y financiera han incrementado notablemente los deberes exigibles a los administradores y directivos de las sociedades de capital y, con ello, el riesgo de que los incumplan e incurran en supuestos

[22] Ver **González Barrios, I.**, "Capítulo 10. Seguros de daños (6). El seguro de automóviles", en **Yzquierdo Tolsada, M.** (Dir.), "Contratos Civiles, Mercantiles, Públicos, Laborales e Internacionales, con sus implicaciones tributarias", Tomo VIII, "Contratos Aleatorios", Madrid 2014, p. 931 y ss. sobre "le legitimación activa del asegurador en el proceso penal".

[23] Dice esta Sentencia: "*6. Es indudable que la parte recurrida (Compañía aseguradora) ha actuado de buena fé y en la confianza de que podía actuar como acusadora particular. Cierto es que se le han cerrado las posibilidades de actuar procesalmente como acusación popular, cuyos escritos y argumentos no hubieran diferido de los esgrimidos en su condición de acusador particular. En suma, si el Fiscal, el Juez de Instrucción y la Audiencia han entendido, hasta este recurso de casación que la Cía aseguradora se hallaba legitimada para intervenir en el proceso como acusación particular, tampoco se hubiera faltado a los requisitos de la querella establecidos en los arts. 270 a 281 L.E.Cr. si se le hubiera atribuido el mencionado carácter de acusador popular, ya que la fianza exigida (art. 280 L.E.Cr.), concluido el juicio a favor de la Cía aseguradora, ninguna finalidad cumple. Todo ello partiendo de que el T. Constitucional ha interpretado el término "ciudadano" del art. 125 y 53.2 C. Española en el sentido de incluir tanto a las personas físicas como jurídicas, en calidad de legitimadas en el ejercicio de la acción popular. Pues bien a pesar de tales argumentos favorecedores a su intervención no podemos prescindir ni soslayar la jurisprudencia de esta Sala, como criterio aplicativo vigente, constatado en las SS.T.S. 199/2007 de 1 de marzo (RJ 2007, 1808), 412/2008 de 25 de junio (RJ 2008, 4181) y 762/2011 de 7 de julio (RJ 2011, 5355), y habida cuenta de que la legitimación activa se halla estructurada según la configuración legal, de conformidad con el art. 113 C.P. y el acuerdo Plenario de esta Sala de 30 de enero de 2007 (JUR 2007, 51313)*: «cuando la entidad aseguradora tenga concertado un contrato de seguro con el perjudicado por el delito y satisfaga cantidades en virtud de tal contrato, sí puede reclamar frente al responsable penal en el seno del proceso penal que se siga contra el mismo,

de responsabilidad civil directa o derivada de delito.

2ª. Por lo anterior, es recomendable que los aseguradores de estas pólizas de D&O revisen sus condicionados en los elementos personales (especialmente, en cuanto a los administradores y directivos asegurados), las coberturas y las exclusiones para adaptarlas a los nuevos supuestos de responsabilidad.

3ª. Nuestra jurisprudencia reciente sobre la acción directa del tercero perjudicado contra el asegurador ha ratificado la doctrina de la cobertura por la aseguradora de la actuación dolosa del asegurado frente al tercero perjudicado (Sentencia núm. 200/2015, de 17 de abril) y de la posible postergación a un nuevo proceso de la determinación del daño causado por el asegurado al tercero perjudicado (Sentencia núm. 213/2015, de 17 de abril).

4ª. En las pólizas de los seguros de D&O muestran una especial importancia práctica, a los efectos del proceso penal, las coberturas accesorias de las fianzas exigibles a los administradores y directivos y de la defensa jurídica de los administradores y directivos asegurados, en particular, de los anticipos de gastos de defensa jurídica en los procesos penales y administrativos sancionadores.

5ª. El principio general de la inasegurabilidad del dolo establecido en el art. 19 de la LCS se ha visto exceptuado en los seguros de responsabilidad civil por el reconocimiento de la acción directa del tercero perjudicado por un delito doloso contra el asegurador en los términos del art. 76 de la LCS y del art. 117 del CP.

6ª. La jurisprudencia civil y la penal han efectuado una doble extensión del principio de protección de los terceros perjudicados **ínsito** en los seguros de responsabilidad civil: en primer lugar, desde los seguros obligatorios a los voluntarios, y, en segundo término, desde la función de protección concreta de los perjudicados por los delitos hacia la función genérica de garantía de determinadas profesiones.

7ª. Esta exigencia implícita a las aseguradoras de los seguros voluntarios de responsabilidad civil profesional de la asunción de una función social no sólo de protección de los perjudicados por los delitos, sino de garantía de las profesiones respectivas (en nuestro caso, sería la de administrador societario) no parece que se corresponda con su papel de empresarios que desarrollan estrictamente la actividad aseguradora privada.

8ª. La atribución a las aseguradoras de una función social genérica de garantía de la actividad de gestión de sociedades no se corresponde con el equilibrio esencial al contrato de seguro –ex art. 1 de la LCS– que se concreta en la relación entre la prima pagada por la sociedad tomadora en función del riesgo normal cubierto y el riesgo extraordinario ampliado para cumplir aquellas funciones sociales.

9ª. El anterior desequilibrio puede poner en riesgo la solvencia de aquellas aseguradoras que vendrían a asumir –de confirmarse la posición jurisprudencial comentada– una responsabilidad civil que, en esos seguros voluntarios, sería ilimitada, en contraste paradójico con los seguros obligatorios que tienen sumas aseguradas máximas establecidas por la ley.

como actor civil, *subrogándose en la posición del perjudicado «la pretensión del acusado, apoyada por el Fiscal, debe ser acogida. En atención a tales razones, debemos estimar el primero de los motivos del recurso, de Leandro, que debe alcanzar a Romualdo, por efecto del art. 903 L.E.Cr., y en su consecuencia anular la sentencia recurrida, con absolución de los recurrentes. Lógicamente ello exime analizar el motivo único articulado por Romualdo".*